

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers un nouveau type d'utilisation du ministère public

Mincke, Christophe

Published in:
R.D.P.

Publication date:
1998

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mincke, C 1998, 'Vers un nouveau type d'utilisation du ministère public: L'exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée', *R.D.P.*, VOL. juin, p. 644-661.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chronique de criminologie

Vers un nouveau type d'utilisation du ministère public L'exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée¹

Introduction

Les années nonante voient le droit pénal évoluer de manière significative. Il ne s'agit pas d'une révolution ou d'un changement radical d'approche du phénomène criminel; nous assistons plutôt, en marge d'un système pénal classique conservé tel quel, à l'apparition de nouveaux modes d'action pénale et à l'émergence d'un acteur particulier et jusqu'ici objet de peu de sollicitude: le ministère public.

Dès 1935, le ministère public prit de l'importance avec l'introduction de la «transaction pénale» dans le Code d'instruction criminelle². Mais depuis, le rôle du parquet évolua peu, si ce n'est par le biais des réformes successives de cette procédure.

Encore récemment, nous avons vu s'assouplir les conditions de la transaction pénale par le fait de la loi du 10 février 1994. Mais, cette fois, le législateur a continué sur sa lancée et introduit des procédures nouvelles faisant du ministère public un maillon encore plus important – au moins potentiellement – du système pénal belge³. Nous avons ainsi vu apparaître dans les textes la médiation pénale, les travaux d'intérêt général⁴ et la convocation par procès-verbal⁵.

Ces modifications ne concernent pas encore de nombreux dossiers en comparaison avec les modes classiques de traitement des affaires pénales, mais elles nous semblent importantes pour plusieurs raisons. Elles le sont tout d'abord en ce qu'elles paraissent introduire des logiques radicalement

(1) Le texte qui suit s'inscrit dans le «Programme de Recherches socio-économiques prospectives», mis en œuvre à l'initiative de l'Etat belge – Services du Premier Ministre – Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, sous la direction de MM. C. FJNAUT, J. GOETHALS, F. HUTSEBAUT, S. PARMENTIER, T. PETERS et L. DUPONT (K.U.L.), Mme F. TULKENS (U.C.L.) et M. M. VAN DE KERCHOVE (Facultés universitaires Saint-Louis). La responsabilité scientifique est assumée par l'auteur.

(2) Nous utilisons le terme de «transaction pénale», ne jugeant pas utile d'entrer ici dans les controverses qui se sont développées à propos de l'appellation de cette institution.

(3) Non pas qu'il ne l'ait pas été jusqu'ici, mais que les évolutions les plus importantes le concernant ont été le fait de la pratique et non des textes. Nous pensons ainsi au classement sans suite qui s'est développé hors de tout cadre légal, de la probation prétorienne, ...

(4) Loi du 10 février 1994 modifiant l'art. 216bis et créant l'art. 216ter du C.I.C.

(5) Loi du 11 juillet 1994 créant l'art. 216quater du C.I.C. Pour la suite de ce texte, nous appellerons cette institution «procédure accélérée».

différentes de celles qui sont à la base de notre système pénal. Ensuite, elles sont «dans l'air du temps». Ainsi, la médiation pénale fait l'objet d'une littérature nombreuse, de projets pilotes un peu partout en Europe, d'interrogations philosophiques et sociologiques, ... Voilà donc, semble-t-il, du neuf. Enfin, et c'est un point important, elles produisent une modification de l'équilibre entre les différents centres de décision en matière pénale. Le ministère public jouit de nouvelles compétences et est chargé de nombreux espoirs.

Nous allons ici nous interroger sur la nature réelle de ces nouvelles institutions, sur l'écart qui se crée entre les théories et la réalité et, partant, sur l'usage qui est fait du ministère public dans ce cadre.

Etant donné le caractère réduit de la contribution que nous sommes amené à faire, nous n'étudierons que la médiation pénale et la procédure accélérée. Notre choix s'est porté sur ces deux dernières pour plusieurs raisons. Tout d'abord, bien qu'adoptées à la même époque, elles paraissent, à première vue, devoir être radicalement opposées tant dans leurs objectifs que dans leurs modes de fonctionnement. Il nous a donc paru intéressant de les rapprocher pour voir si les apparences ne sont pas trompeuses et si elles ne sont pas des institutions plus proches qu'il n'y paraît. Ensuite, le fait de prendre deux procédures si différentes dans leur texte devrait nous permettre d'avoir une vision relativement large du problème, davantage que si nous avions pris deux exemples plus évidemment similaires comme les travaux d'intérêt général et la médiation pénale. Enfin, la médiation est peut-être l'instrument d'action du ministère public qui paraît le plus inoffensif; ce qui nous a incité à nous poser la question de sa réelle innocuité.

Ce texte s'articulera en trois parties. Nous verrons d'abord quel est l'idéal qui est à la base de chacune des institutions étudiées (I). Fort logiquement, nous examinerons ensuite ce qu'en a fait le législateur belge et quelles sont les critiques qui peuvent être formulées à propos de l'état actuel des textes (II). Enfin, nous chercherons à amorcer une réflexion sur les orientations que prend notre droit pénal au vu des transformations étudiées (III).

I. Du rêve...

Dans cette première partie, nous nous pencherons sur l'idéal que représente chacune des deux institutions que nous allons étudier. En effet, avant leur concrétisation et leur application en droit belge, ces procédures ont été parées de vertus, de qualités qui ont justifié leur adoption. Cette élaboration s'est produite aussi bien dans la doctrine que dans les textes de sociologie, philosophie et théorie du droit ou dans les débats parlementaires. Nous ne prétendons pas qu'il serait possible de créer de telles procédures idéales ni ne souscrivons aux présentations reprises ci-dessous,

mais nous voulons montrer vers quoi elles tendent ou devraient tendre, selon les discours courants en la matière.

§ 1. La médiation pénale

La médiation peut être définie comme «*un mode de résolution des conflits dans lequel les parties adverses sont mises en présence sous la «surveillance» d'un tiers neutre. Cette procédure doit, en principe, mener à un accord sur la solution à donner au litige*⁽⁶⁾». Nous sommes donc en présence d'un processus dont certaines caractéristiques sont essentielles. Nous les regrouperons en deux catégories: d'une part, les principes anthropologiques; d'autre part, les buts assignés aux processus de contrôle social.

Remarquons que si nous avons choisi de ne pas nous référer aux travaux parlementaires en ce qui concerne la médiation pénale, c'est parce qu'ils nous semblent déjà être en porte-à-faux par rapport à l'idéal que nous voulons décrire ici.

A. Principes anthropologiques à la base de la médiation

Le premier de ces principes est celui de la responsabilité de la personne humaine. Il s'agit de considérer autrui comme maître de sa destinée et apte à poser par lui-même des choix valables. C'est ce présupposé qui est à la base de la reconnaissance de la capacité des parties à négocier et à élaborer l'accord qui constitue l'objectif de la médiation pénale.

Le deuxième principe est celui du respect de l'altérité, de la liberté d'autrui. Il est celui qui permet d'admettre que le contenu de l'accord soit déterminé par les parties et organise la situation d'une manière qui leur est propre. «Liberté» est donc à prendre ici au sens libéral du terme: une capacité absolue d'autodétermination. Cela implique, si l'on veut respecter cette vision idéale, la renonciation à tout rapport d'autorité.

Il faut remarquer que nous prenons le concept d'autorité au sens que lui a donné RAZ⁽⁷⁾. Il s'agit de la détermination par quelqu'un des raisons protégées d'autrui. RAZ pointe en effet qu'il existe un type particulier de

(6) MANDOUX, P., « Les lois belges du 10 février 1994 », in MARY, Ph. (Sld), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Actes du colloque organisé pour le 60^e anniversaire de l'Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, Coll. des Travaux de l'Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil, 1997, 53-65; v. aussi: BASTARD, B. et CARDIA-VONECHE, L., « L'irrésistible ascension de la médiation familiale », *Annales de Vaucresson*, 1988/2, n° 29, 171; FAGET, J., *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, 1992, Erès, Toulouse, 51 et s.

(7) RAZ, J., *The Authority of Law. Essay on Law and Morality*, 1979, Oxford, Clarendon Press, 11 et s.

raisons pour l'action qui, non seulement justifient un comportement déterminé, mais également rejettent tout ou partie des raisons pour un comportement autre que celui qu'elles déterminent. Ces raisons sont dites protégées en ce qu'elles excluent tout ou partie de leurs concurrentes. L'activité normative pénale au sens classique du terme est donc œuvre d'autorité: elle impose une conduite, rejette toute déviance par rapport à elle et donc détermine les raisons protégées d'autrui pour son action.

Le troisième principe à la base de la médiation est une foi en l'éthique communicationnelle.

Le défenseur le plus marquant de ce type de théorie est Jürgen HABERMAS. Pour lui, il faut légitimer les normes produites dans une société démocratique par d'autres moyens que ceux qui furent énoncés dans les théories modernes de l'Etat. En effet, la rationalité substantielle, basée sur la découverte, par l'exercice de la raison, d'une vérité absolue et éternelle n'est plus crédible aujourd'hui. La raison a perdu son aura de toute-puissance et n'est plus considérée comme un moyen de parvenir à des règles non contingentes. La légitimation du droit doit donc passer par d'autres voies. C'est ainsi qu'HABERMAS propose de revenir au fondement de la démocratie et au type de légitimité qu'elle a instauré: la procédure. Une règle sera légitime lorsqu'elle aura été élaborée dans le cadre d'un forum respectant l'éthique universelle du langage. Schématiquement, cette éthique implique l'existence d'une possibilité maximale de participation au débat de toute personne concernée, l'absence de coercition entre les intervenants et une recherche du bien commun. La légitimité provient donc ici du mode d'élaboration⁽⁸⁾ de la règle plutôt que de son contenu. D'une rationalité substantielle, on est passé à une rationalité procédurale qui consiste en un discours visant un accord intersubjectivement partagé⁽⁹⁾.

Même si cette théorie est critiquée sous cette forme, il est flagrant que face aux problèmes que pose la gestion à long terme de nos sociétés, la procéduralisation représente une des alternatives les plus étudiées⁽¹⁰⁾, notamment dans le cadre de la médiation pénale.

Ce troisième principe permet donc de légitimer l'usage de la médiation en affirmant non seulement qu'elle aura un effet bénéfique sur les situ-

(8) HABERMAS, J., *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985, 249 et s.; LENOBLE, J., « Droit et communication: Jürgen Habermas », *La force du droit*, Paris, *Esprit*, 1991, 168 et s.; JANE MANSBRIDGE, « Using Power/Fighting Power: The Polity », *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Scyla Benhabib (dir.), Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1996, 46 à 66; Rainer ROCHLITZ, « Les bases normatives de la démocratie », *Les paradigmes de la démocratie*, Paris, P.U.F., 1994, 20.

(9) LENOBLE, J., *op. cit.*, 180.

(10) V., à ce propos, DE MUNCK, J., « Normes et procédures: les coordonnées d'un débat », *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité?*, Bruxelles, De Boeck, 1997, 25 à 63.

ations dans lesquelles elle intervient, mais encore que la solution élaborée devra être tenue pour juste.

B. La médiation et les buts des processus de contrôle social

Les questions relatives à la médiation pénale ne se limitent pas à celles qui concernent la nature humaine et les possibilités de résoudre les difficultés naissant des rapports intersubjectifs; il faut également envisager les conceptions de la régulation sociale qui sous-tendent ce processus.

La première raison de la promotion de la médiation est le souhait de la création d'un contrôle social basé davantage sur la restauration de l'équilibre perturbé par le fait délictuel que sur la punition du coupable. L'équilibre visé est quadruple: tout d'abord, celui des rapports entre la victime et l'auteur des faits, ensuite, celui de la société heurtée par la transgression, mais aussi celui de la victime appelée à exprimer son vécu traumatisant et les souffrances endurées du fait de l'infraction et, enfin, celui de l'individu qui a commis un fait délictuel, considéré alors comme le signe d'un problème personnel. Ainsi, la réintégration par chacun d'une place permettant des rapports harmonieux avec la société est une des raisons d'être du processus. Ce pôle est symbolique dans la mesure où il ne s'agit pas de remédier à un problème concret par la neutralisation d'une personne dangereuse ou par l'indemnisation d'une victime, mais aussi de prendre en compte des atteintes morales, psychologiques et symboliques aux personnes et au corps social.

Le deuxième objectif idéal de la médiation est la réparation du dommage, matériel cette fois, causé par l'infraction.

Le troisième but concerne l'évitement du système judiciaire. Il s'agit de supprimer l'effet de stigmatisation du délinquant que provoque le procès pénal. La médiation pénale n'a pas pour but de désigner du doigt le coupable à l'ensemble de la société. Le pénal est généralement considéré comme un instrument trop violent pour certains types d'interventions dans le corps social.

Enfin, l'accord auquel on doit arriver au terme de la médiation est un accord librement consenti et acceptable par chacun. Le procès pénal se voit reprocher de déclarer publiquement la victoire de l'un au détriment de l'autre, d'entériner le statut d'ennemi de la victime et de l'auteur et de prendre des mesures qui avantagent l'un en désavantageant l'autre. La médiation, elle, est censée permettre de trouver une solution bénéfique pour tous. Cette logique du «tout le monde a gagné» est celle d'un processus agissant au cours du social avec des méthodes propres, fondamentalement différentes de celles du système pénal qui crée à lui seul un traumatisme en s'immisçant, avec plus ou moins de violence, dans le tissu social.

C. Conclusion

Nous l'avons vu, la médiation est un processus en principe totalement étranger à tout rapport d'autorité; il est basé sur un idéal de gestion du conflit par ses acteurs eux-mêmes et suppose une intervention minimale de toute personne extérieure. Le médiateur est censé n'être présent que pour garantir le bon déroulement des négociations, conformément à l'éthique du langage.

Le ministère public, dans ce cadre, semble être une institution bien peu adéquate pour mener ce type de procédure. Vu sa position, cette institution représente en effet la coercition, la répression pénale de ce qui est qualifié d'infraction. N'est-il pas celui qui décide de poursuivre, celui qui requiert et qui gère l'application des peines? Le rôle vital qui est le sien, s'il veut pouvoir le remplir correctement, est remarquablement peu compatible avec l'esprit de la médiation.

Le moins que l'on pourrait attendre du ministère public est qu'il limite son action au maximum et se borne, par exemple, à entériner les accords intervenus dans le cadre de la médiation.

§ 2. La procédure accélérée

La seconde institution sur laquelle nous allons nous pencher est celle de la procédure accélérée. Il s'agit d'un mode d'action du ministère public qui, du moins dans son idéal, se situe à l'opposé de la médiation pénale.

Nous y retrouvons les principes classiques du procès pénal sur lequel il se greffe et qu'il ne nous semble pas utile de rappeler ici. Mais il réunit aussi une série de caractéristiques nouvelles, fruit d'une conception particulière de la régulation pénale.

Premièrement, la rapidité de la réaction sociale est conçue comme une valeur en soi¹¹. Loin d'être au service d'un objectif éthiquement transcendant, elle est, signe des temps s'il en est, valorisée pour elle-même. La vitesse ne saurait être nuisible puisqu'elle est elle-même une vertu.

Mais la rapidité sert aussi la visibilité de la réaction sociale au délit. Le déroulement idéal du procès pénal devient «sitôt pris, sitôt puni». Cette célérité fera la démonstration éclatante de l'existence du droit aux yeux du délinquant et de la société et restaurera inévitablement le crédit de la justice¹².

(11) V. *Doc. parl.*, Sén., S.E. 1991-92, 209-2, 11 et 13.

(12) V. *ibidem*, 11 et 12.

La troisième caractéristique de la procédure accélérée est un glissement des préoccupations de l'efficacité ou de l'effectivité des lois vers leur efficience.

L'efficacité traduit la réalisation des objectifs posés par la loi sans aucune considération de coût. La question posée est celle de l'adéquation des moyens aux buts posés. L'effectivité, quant à elle, mesure l'utilisation réelle des instruments juridiques par les populations concernées et, dans le cas du droit pénal, la correspondance des comportements des sujets de droit aux modèles donnés par le droit. Une loi pourrait être effective (la population se conforme à une obligation de dépistage de maladies infectieuses) et, en même temps, inefficace (cela ne suffit pas à enrayer l'épidémie). L'efficience, elle, est un terme d'économie qui recouvre la notion de rapport coût-bénéfice. Le but est de recueillir un gain maximal pour une mise de départ la plus limitée possible. Ce concept n'entraîne aucun jugement sur la valeur éthique des moyens mis en œuvre, seul le rendement étant pris en considération¹³. Il s'agit là d'un mode de réflexion purement utilitariste¹⁴.

La procédure accélérée traduit la volonté de faire davantage avec moins, d'être plus efficient. Cette préoccupation entraîne une réduction des dépenses «inutiles», non rentables par rapport au but qui est la lutte contre la criminalité, par une augmentation de la rapidité de la réaction. Ainsi, les garanties accordées à l'auteur des faits – toujours présumé innocent, même s'il est en aveu – seront-elles diminuées. Les droits de la défense seront nettement moins protégés que dans le cadre de la procédure classique, les procédures seront désindividualisées, notamment en rendant plus difficile la réalisation d'enquêtes de personnalité, d'expertises, ... Ce dernier élément est particulièrement important dans la mesure où l'on constate un net et logique recul de l'individualisation des procédures quand la rapidité est le maître mot¹⁵.

Enfin, la procédure accélérée est la traduction d'une théorie expliquant la hausse de la criminalité par une faiblesse du contrôle social. Le remède à apporter est, dès lors, un renforcement de celui-ci¹⁶. Cette vision des choses est la conséquence de la supposition d'une forte corrélation entre

(13) A propos de ces définitions, voir OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 272 et s.; RANGEON, F., «Réflexions sur l'effectivité du droit», *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, 126; JEAMMAUD, A. et SERVERIN, E., «Évaluer le droit», *Recueil Dalloz-Sirey*, 1992, Chron., 265.

(14) Sur cette question, voir: VAN DE KERCHOVE, Michel, «Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme», *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, F.U.S.L., 1994, 449 à 467.

(15) Voir BOTTOMS, A., «Neglected Features of Contemporary Penal Systems», *The Power to Punish. Contemporary Penalty and Social Analysis*, D. GARLAND et P. YOUNG (dir.), London, Heinemann Educational Books, New Jersey, Humanities Press, 1983, 166 à 202.

(16) *Doc. parl.*, Sèn., S.E. 1991-92, 209-2, 11.

criminalité et modes de traitement des déviances¹⁷. Il s'agit ici de réduire le questionnement sur l'efficacité de la maîtrise de la criminalité à une question d'intensité de la répression. Si la criminalité augmente, c'est parce qu'on n'est pas assez (rapidement) sévère; la relation de cause à effet à la base de l'évaluation de l'efficacité est réduite à un mécanisme simpliste.

On voit donc la légitimité de la répression pénale se réduire à une question de rentabilité (efficience)¹⁸. La problématique de l'efficacité est réduite à sa plus simple expression et le débat éthique sur les garanties judiciaires nécessaires à la légitimation de la répression dans un État démocratique est escamoté. BECCARIA est loin.

Dans ce contexte, il est évident que le ministère public est l'institution idéale. En effet, il est souple, mobilise peu de personnel, travaille de manière rapide, s'adapte idéalement aux différentes situations qu'il rencontre, fait preuve d'une autonomie importante, n'est pas ralenti par des procédures complexes, est discret et plus aisément maîtrisable que la magistrature assise, ... Le ministère public est une institution créée pour jouer un rôle de répression en équilibre harmonieux avec les autres acteurs du système judiciaire. Il est ici utilisé conformément à ses capacités dans le contexte d'une modification du poids relatif des différents acteurs.

II. ... à la réalité

Nous allons, dans cette partie, opérer un retour à la réalité belge. Chez nous, la médiation pénale correspond-elle au modèle que nous avons donné ci-dessus? De son côté, la procédure accélérée est-elle conforme aux aspirations qui en justifient l'existence? La situation actuelle est-elle critiquable?

§ 1. La médiation pénale

Nous allons d'abord nous interroger sur la conformité de la procédure instaurée en Belgique avec les éléments que nous avons relevés ci-dessus. Ensuite, nous nous pencherons sur un problème particulier qui touche à la conception anthropologique à la base de la médiation.

(17) V., à ce sujet, MATHIESEN, T., «The Future of Control Systems – the Case of Norway», *The Power to Punish. Contemporary Penalty and Social Analysis*, op. cit., 130 à 145.

(18) V., à ce sujet, ALBRECHT, H.J., «L'économie du droit pénal et de l'exécution des peines. Évolution et tendances de l'aspect économique du droit pénal», *Rev. Int. de crim. et de police technique*, 1997, n° 1, 17 à 37.

A. La procédure de la médiation pénale belge

La procédure dont la Belgique s'est dotée ne correspond pas, c'est le moins que l'on puisse dire, au rêve qui est à la base de l'idée de médiation. Nous ne nous attarderons pas ici sur les détails de la procédure de médiation pénale qui sont bien connus des lecteurs.

Remarquons simplement que cette procédure revêt deux aspects: d'une part, elle permet au ministère public de proposer une extinction de l'action publique sous conditions particulières et, d'autre part, de mener une négociation entre l'auteur de faits infractionnels et la victime. Nous partageons l'avis du Conseil d'État qui ne voit de médiation que dans le deuxième cas¹⁹. C'est la raison pour laquelle nous ne considérerons que la procédure qui doit permettre de concilier la victime et l'auteur des faits.

Rappelons, par ailleurs, qu'il n'existe pas réellement de médiateur au sens de tiers neutre, que la médiation perd une de ses caractéristiques les plus importantes du fait de l'absence possible de la victime, qu'il n'est nulle part question de négociation sur le pénal, les seuls aspects pouvant être réglés entre parties étant civils²⁰, qu'aucune des garanties traditionnelles en matière pénale n'existe dans la médiation pénale²¹.

Ainsi, tout se passe-t-il donc comme si la médiation pénale était un processus totalement innocent, mené pour le seul bien des parties et dont nul ne pourrait sortir lésé²². Lorsque les bases du procès pénal moderne furent établies, lorsque la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été adoptée, les auteurs des textes agissaient dans le cadre d'une saine méfiance à l'égard de procédures qui pouvaient avoir des conséquences extrêmement graves pour les prévenus. Aujourd'hui, on pourrait croire que tout va pour le mieux dans le plus pacifique des mondes. Bien entendu, il est possible de renoncer à la médiation pénale, mais ce serait pour se voir traduit devant une juridiction avec, à la clef, un risque important: échanger un mauvais accord sur les conséquences civiles de l'infraction contre deux condamnations: une au pénal (avec casier judiciaire) et une autre au civil (peut-être tout aussi mauvaise). Même si l'étude d'évaluation menée par les conseillers en médiation montre un taux relativement important d'abandon de la

(19) Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1992-93, 652-1, 15 et s., n° 3.

(20) Remarquons qu'il ne s'agit pas, pour nous, de défendre une réelle négociation sur les conséquences pénales d'un acte mais de faire une remarque terminologique similaire à celle faite par le Conseil d'État et prestement évacuée par le gouvernement (avis du Conseil d'État, *loc. cit.*); v. aussi: VAN DE KERCHOVE, M., « Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994 », *J.T.*, 1995, 61 à 67.

(21) Où sont les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la suspicion légitime vis-à-vis d'un médiateur partial, l'aménagement précis des délais, la présomption d'innocence, le droit de faire exécuter des expertises, l'obligation de respect du délai raisonnable...?

(22) Ce qu'elle serait relativement si l'idéal décrit ci-dessus était respecté.

procédure permettant de douter de la pression réelle qui s'exerce sur l'auteur des faits, il ne faut pas oublier que la médiation est actuellement utilisée pour des faits infractionnels particulièrement légers. Or, l'emploi de la médiation pour des faits plus graves – comme le préconisent les conseillers en médiation – est de nature à augmenter la contrainte sur l'auteur. On peut craindre, dans ce cas, qu'il ne soit pas en position de recourir librement et sans crainte à un tribunal²³. La participation à la médiation n'est donc sans doute pas si volontaire qu'on voudrait le croire; il semble donc utile de prévoir des garanties plus étendues que celles qui existent aujourd'hui et qui se résument principalement à un recours au juge.

Il faut encore remarquer le cumul de différentes possibilités offertes par les articles 216bis et ter imposé par certains parquets. Ainsi, après une médiation qui a abouti, le ministère public exige-t-il encore parfois de l'auteur des faits infractionnels une transaction pénale ou l'accomplissement d'un travail d'intérêt général²⁴. On voit ici que l'intervention du ministère public comme organe de répression, jusque dans la médiation pénale n'est pas uniquement symbolique et que son rôle devient quasi juridictionnel.

Enfin, il faut encore faire remarquer que le ministère public seul décide de l'opportunité d'une telle procédure. Les parties seraient-elles d'accord sur son principe que la médiation pourrait leur être refusée. On ne peut s'empêcher encore de voir ici une entorse aux principes de base de la médiation et notamment à la liberté des parties de gérer elles-mêmes le conflit qui les oppose.

Du strict point de vue de la procédure, les objections que nous venons de formuler sont déjà trop importantes pour que l'on puisse encore admettre que le terme de « médiation » soit utilisé pour désigner l'institution belge qui porte ce nom. Il faut donc conclure ici à l'absence d'une solution réellement négociée au litige. Il n'est pas possible d'admettre que les buts des procédés de contrôle social censés être à la base de la médiation sont rencontrés ici, ni que les principes anthropologiques que nous avons énumérés ci-dessus sont respectés.

Il n'est cependant pas encore temps de clore le débat. Il nous faut également aborder une autre question qui pose problème du point de vue de l'anthropologie sous-jacente à la médiation pénale.

(23) HANOZIN, C., PIERS, A., VAN BOVEN, B., VANEMPTEN, N. et VANNESTE, C., « La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Évaluation de sa mise en application », *R.D.P.*, juin 1997, n° 6, 628 et s.

(24) *Ibidem*, 618 et s.

B. Du point de vue de l'anthropologie sous-jacente à la médiation pénale

Nous avons vu quelle est la vision de l'homme qui est à la base de la médiation. Nous allons maintenant mettre l'accent sur un élément particulièrement important de la médiation qui est susceptible d'empêcher la réalisation effective des théories sur la responsabilité et l'éthique communicationnelle: la maîtrise des codes sociaux.

Afin que puissent pleinement fonctionner des mécanismes tels que la médiation, il importe que les codes sociaux utilisés soient parfaitement maîtrisés par chacune des parties. Sans cela, un dialogue ne peut permettre à chacun d'exposer efficacement ses arguments et de comprendre ceux des autres parties.

Nous entendons par «codes» toutes les conventions communicationnelles en vigueur dans un contexte donné. Bien entendu, il n'est pas obligatoire que ces conventions concernent des langages articulés ou soient conscientes; il suffit qu'un type de signe engendre une réaction relativement constante chez un des acteurs du système pour que l'on puisse parler de code. La réaction en question peut être soit un acte conscient qui fait réponse au signe perçu (parole, geste, ...), soit une compréhension du comportement ou des intentions de l'interlocuteur permettant d'adapter ses propres réactions. Les codes permettent de décrypter les attentes d'autrui et ses attentes d'attentes.

La médiation, comme toute négociation, repose sur une habile manipulation des codes pour tirer son épingle du jeu. Aura le plus de chances de «l'emporter» celui qui sera capable d'utiliser à son avantage les ressources du processus. Il ne faut en effet pas oublier que la médiation est basée sur des rapports entre deux antagonistes. Ainsi, la victime comme l'auteur des faits essayeront-ils d'obtenir l'accord le plus intéressant pour eux. La négociation est justement nécessaire pour trouver un mode de conciliation entre les éléments incompatibles des différentes exigences en présence.

L'important ici est de s'adapter à son auditoire. Une bonne intégration sociale et un bon «feeling» des divers comportements à adopter en présence d'interlocuteurs différents seront importants. De ce fait, un problème affectif, relationnel ou d'insertion sociale ou culturelle sera particulièrement handicapant.

Or, les populations que la médiation pénale est censée concerner ne sont pas à proprement parler les couches favorisées de la société. Ce sont souvent des individus en rupture de ban, en marge de la société, qui traduisent leur malaise dans la petite délinquance. Ils sont généralement moins instruits que la moyenne de la population, n'ont pas été éduqués comme les élites et sont souvent affectivement et relationnellement perturbés. Seront-ils capables des performances que la médiation attend d'eux? Nous en doutons fortement. Qui seront les «gagnants» dans ce processus? Ceux qui sont également les gagnants sur le marché de l'emploi, dans les activités économiques, dans les relations sociales, ... En un

mot, les privilégiés de notre système. Or, sont-ce là les populations qui sombrent dans la petite délinquance? Non, bien entendu. Voilà donc une institution prête à reproduire fidèlement les inégalités présentes dans notre société.

L'on pourrait objecter que le médiateur a pour rôle de pallier ces difficultés. Il subsiste pourtant un problème: le médiateur ne peut pas être considéré comme neutre, il n'aura pas la confiance des deux parties.

C. Conclusion

Nous sommes face à une institution qui ne mérite pas l'appellation de «médiation». Le rôle du ministère public y est trop important, symptôme de l'exercice d'une autorité. Nous ne sommes donc pas réellement dans un ordre négocié mais nous nous rapprochons de ce qu'on pourrait appeler un ordre «intérieurisé». Cela signifie que les parties croient (éventuellement) qu'elles ont décidé alors que leur position est la seule que l'autorité leur ait laissée la possibilité d'occuper. L'origine du commandement est extérieure mais on fait (ou voudrait faire) croire aux parties qu'elle se trouve dans leurs relations. L'ordre est extérieur, mais intérieurisé par les participants à la négociation. En un mot, l'institutionnalisation pose problème et les débats risquent fort d'être tronqués.

Que l'on ne se trompe pas, nous ne sommes pas en faveur d'un abandon de la médiation pénale. Ce qui nous préoccupe, c'est la limitation des termes de l'alternative offerte par la législation actuelle à deux possibilités également problématiques. D'une part est proposé un procès classique devant des juridictions encombrées disposant d'un faible éventail de peines et de solutions aux conflits privés mais offrant des garanties juridiques solides. D'autre part, il est possible d'opter pour une mauvaise médiation relativement rapide, permettant de mieux adapter la solution aux besoins réels, mais desservie par une procédure inadaptée et des acteurs inadéquats. Il nous semble que la suppression de la médiation pénale serait un retour en arrière. Cependant, il ne faut pas se leurrer et croire que sa forme actuelle est acceptable. Il convient de la modifier dans le sens d'une radicalisation afin de pallier aux lacunes constatées.

Ce qu'il convient de toute façon de faire, c'est de reconnaître le danger potentiel que représente la médiation pour l'auteur des faits infractionnels et créer un système de garanties suffisantes permettant une protection aussi importante que celle qui existe dans les modes classiques de traitement des conflits pénaux. La médiation pénale peut être un progrès à condition que l'on soit conscient de sa nature et des implications qui s'imposent à nous si nous voulons respecter les principes qui sont à la base de notre démocratie.

§ 2. La procédure accélérée

Le cas de la procédure accélérée est opposé à celui de la médiation. Les objectifs de départ sont – hélas – respectés. Cependant, il nous paraît important d'attirer l'attention sur des valeurs négligées par cette institution.

Premièrement, il conviendrait peut-être de redécouvrir les vertus de la lenteur. Non pas une temporalité traînante telle que nous la connaissons aujourd'hui et qui fait offense au principe de délai raisonnable pour juger d'une affaire, mais une temporalité qui mise sur le mûrissement – à distinguer du pourrissement – des esprits, sur une saine prise de distance par rapport aux événements, sur un retour au calme après l'émotion provoquée par la transgression d'une valeur souvent considérée comme importante. Cette valeur, cette position raisonnable entre l'instantanéité stérile et la lenteur exaspérante, n'est plus à l'ordre du jour, et c'est regrettable. Il faut aujourd'hui faire digérer un maximum d'affaires au système judiciaire quel qu'en soit le coût humain. Rappelons que le principe du délai raisonnable ne date pas d'hier, mais qu'il est devenu un vœu pieu dans notre système pénal classique. La réaction, bien malheureuse, a été de précipiter les affaires dans certains types de dossiers – justement les plus légers et les moins intéressants socialement – afin qu'une issue soit trouvée le plus rapidement possible. C'est d'autant plus regrettable que, dans les petits comme dans les gros dossiers, le respect du délai raisonnable, qui ne peut se faire si l'on ne donne pas à la justice des moyens décents, permettrait de trouver un équilibre correct entre précipitation et lenteur inadmissible permettant d'atteindre les objectifs visés par la procédure accélérée, et pas seulement vis-à-vis du menu fretin.

Dans ce cadre, il faut faire preuve de la plus grande méfiance à l'égard de concepts tels que l'efficacité. Bien entendu, cette préoccupation doit être rencontrée, mais elle n'est qu'accessoire – ou à tout le moins complémentaire – au regard de l'efficacité, de l'effectivité et de la légitimité du système qui ne peuvent lui être sacrifiées.

Par ailleurs, nous ne pouvons que nous inquiéter de l'évolution de l'individualisation des mesures prises, qui se dessine avec la procédure accélérée⁽²⁵⁾. Il nous semble en effet qu'un des grands acquis de notre droit était d'avoir de plus en plus, dans une logique protectionnelle, pris en compte l'individu présent derrière l'acte délictuel. Or, nous assistons à un

(25) Et qui n'est pas à exclure dans les cas de médiation pénale au vu du caractère autoritaire de la procédure. Nous croyons que le risque est grand que l'écoute de chacun et l'individualisation des solutions aient à souffrir d'une surcharge des services de médiation et d'une méconnaissance, par les acteurs eux-mêmes, des processus sociaux en jeu dans cette institution. Rappelons-nous par ailleurs que les raisons données par le gouvernement à l'adoption des deux procédures sont strictement identiques, trahissant des similitudes peu évidentes à première vue. L'accent est mis avant tout sur la rapidité.

retour en arrière en cette matière comme dans d'autres⁽²⁶⁾, du fait de la diminution des possibilités d'enquêter, d'expertiser et de plaider – toutes choses prenant du temps mais qui permettent de remettre en contexte chaque affaire, jusqu'à la plus banale.

Enfin, nous nous posons la question de savoir dans quelle mesure les garanties données par nos libertés fondamentales peuvent être aménagées – lisez escamotées – au nom de la rapidité de la justice. C'est ainsi qu'il est prêté attention, dans le rapport du gouvernement, à «la préservation des intérêts des victimes»⁽²⁷⁾ qui pourraient être atteints par l'accélération du cours des choses. Pour l'auteur des faits, nulle préoccupation, même après qu'un membre de la commission de la justice du Sénat s'en soit inquiété⁽²⁸⁾. Ne constatons-nous pas là une modification importante des équilibres quand le présumé innocent – qui joue son honneur, sa liberté et son argent – n'est plus considéré à la fois comme une personne suspecte et comme une victime potentielle de l'arbitraire, mais uniquement comme celui par qui le malheur arrive et dont la condamnation est le seul objectif?

III. La multiplication des missions du ministère public: le médicament de confort d'une société malade?

Nous venons d'analyser deux institutions qui ont pour particularité de faire appel au ministère public. Dans le cas de la médiation pénale, cela nous semble particulièrement regrettable, dans celui de la procédure accélérée, parfaitement logique.

Il ne semble pas en définitive que ces deux institutions soient tellement éloignées l'une de l'autre dans la logique générale de leur utilisation sociale. Voilà donc l'intérêt de leur rapprochement. Il nous reste maintenant à nous demander quelle est l'économie de cette multiplication des missions du ministère public. Nous allons ici proposer des pistes de réflexion pour répondre à cette question. Nous analyserons donc les mutations à l'œuvre et leur interprétation possible en termes d'évolution des modes de contrôle social.

A. Mutations quantitatives

L'évolution quantitative des modes de contrôle social qui ressort de notre analyse consiste en une augmentation du niveau général de contrôle social.

(26) Notamment dans les mesures «pénales» administratives dont l'individualisation est très faible en raison du caractère peu contradictoire des procédures et de l'automatisme présent de manière importante dans les processus décisionnels.

(27) *Doc. parl.*, Sén., S.E., 1991-92, 209-2, 12 et 13.

(28) *Ibidem*, 37.

Cette augmentation découle de l'addition des modes d'action disponibles. Il ne nous paraît en effet pas raisonnable de croire que les procédures nouvelles sont des alternatives aux peines existantes. En effet, elles ont pour but de proposer une solution en remplacement du classement sans suite, c'est-à-dire de l'absence de réponse répressive à un acte délictuel. L'exemple de la transaction est particulièrement exemplaire de ce qui nous attend. Présentée comme une alternative à l'emprisonnement, elle n'a aucunement eu pour effet de faire baisser le taux d'occupation de nos prisons. Le rapport paru l'année passée sur la médiation pénale s'inquiète en effet des effets de la médiation pénale et de la réalité de son caractère alternatif à d'autres peines²⁹. Tant que les moyens d'action s'additionneront sans se substituer dans les textes mêmes, il n'y aura que peu d'effet d'alternative à des mesures comme la prison³⁰.

Les nouvelles missions du ministère public doivent donc être perçues comme de nouveaux modes de contrôle social ayant leur propre champ d'action. Tout au plus auront-ils un effet de déviation partiel.

L'augmentation de l'emprise des agences de contrôle social³¹ se produit dans un contexte de fuite en avant. De nouveaux espaces de contrôle intéressent de nouvelles institutions. Le ministère public envahit ainsi des terres sur lesquelles des autochtones sont établis depuis longtemps. Ce faisant, il pousse ceux-ci à s'aventurer plus avant vers l'intérieur des terres, vers des *terra incognita* du contrôle social, étendant son champ d'action. Ainsi, l'institution des travaux d'intérêt général pousse-t-elle le monde associatif à s'occuper de problématiques qui n'étaient pas les siennes jusqu'alors. Mais le mouvement est double, l'exploration de nouvelles terres et leur occupation par des institutions parfois peu contrôlables peut pousser l'État à faire avancer encore plus loin ses troupes afin d'augmenter sa maîtrise sur des processus qui lui paraissent utiles à ses fonctions. Le mécanisme est donc circulaire et se nourrit lui-même.

Parallèlement à cela, il importe de remarquer que le projet de société porté par nos institutions s'affaiblit. Il est de moins en moins question de

(29) C. HANOZIN et consorts, *op. cit.*, 631; v. aussi DE CLERCK, S., *Politique pénale, exécution des peines. Note d'orientation*, Ministère de la Justice, juin 1996, 28 et 33 affirmant que le taux de substitution des peines alternatives est en moyenne de 50 à 60%. Un nouveau rapport est paru au début de cette année.

(30) V., à ce propos, DE CLERCK, S., *op. cit.*, 22 qui affirme la nécessité de supprimer la possibilité d'emprisonnement pour certains délits afin d'éviter l'effet d'addition entre la peine de prison et les peines dites de substitution.

(31) Sur ces questions, voir aussi: CARTUYVELS, Y., «Insécurité et prévention en Belgique: les ambiguïtés d'un modèle «global-intégré» entre concertation partenariale et intégration verticale», *Déviante et société*, 1996, vol. 20, n° 2, 153 à 171; LANDREVILLE, P., «Surveiller et prévenir. L'assignation à domicile sous surveillance électronique», *Déviante et société*, 1987, vol. 11, n° 3, 251 à 269; SCULL, A., «Community Corrections: Panacea, Progress or Pretence?», *The Power to Punish. Contemporary Penality and Social Analysis*, D. GARLAND et P. YOUNG (dir.), London, Heinemann Educational Books, New Jersey, Humanities Press, 1983, 146 à 165.

marcher vers des lendemains qui chantent. Ce qui est à l'ordre du jour, c'est la maîtrise d'un maximum d'éléments perturbant la bonne marche d'un système en place. De ce fait, les stratégies adoptées sont fortement comportementalistes: on parle en termes de gestion et non de resocialisation ou de traitement des difficultés qui sont à la base des problèmes, ... Et si l'on en parle, les institutions qui naissent nous permettent de douter de la réalité de la volonté politique d'agir en ce sens.

Le mouvement, s'il pénètre de plus en plus profondément dans la société, se préoccupe de problèmes de plus en plus réduits. L'État gendarme revient mais avec une capacité d'action beaucoup plus étendue que par le passé. Le spectre des phénomènes visés se restreint mais ceux-ci sont traités de manière très intensive, ce qui nous amène à constater que les mutations sont non seulement quantitatives, mais aussi qualitatives.

B. Mutations qualitatives

Les nouveaux domaines actuellement objet de l'intérêt de l'État ne peuvent pas être gérés de la même manière que les secteurs classiques de l'intervention pénale. Il faut donc s'adapter en empruntant des instruments d'action à ces nouveaux domaines. Ce processus est celui qui a mené à l'augmentation du nombre de modes d'action du ministère public et à l'adaptation de modes plus classiques en diminuant leur taux de prédétermination et les garanties qui y étaient liées. Ces deux caractères sont en effet des obstacles à une modification continue du système et à la rapidité de ses interventions.

Ce mouvement n'est pas sans danger. D'une part, les modes d'action ainsi empruntés sont le plus souvent pervertis. Comme nous l'avons vu pour la médiation qui est une tentative d'emprunt au monde associatif ou aux relations sociales informelles de leurs capacités de régulation par la négociation, son adoption par un système étatique répressif en change profondément la nature. Il n'est en effet pas facile pour un système administratif d'accepter de limiter son emprise centralisatrice sur un système de contrôle. Ses objectifs et caractères propres l'empêchent de se satisfaire de l'institution telle quelle.

D'autre part, le risque est sérieux de voir s'étendre la méfiance des populations marginales vis-à-vis de l'institution répressive qu'est le ministère public aux secteurs qui ont servi de modèle pour ses nouvelles attributions. Par exemple, le suivi thérapeutique risque de faire passer les instances médico-sociales pour des collaboratrices de la répression de l'usage de stupéfiants et donc empêcher les toxicomanes d'y recourir. Cela aurait pour effet une marginalisation encore accrue des populations concernées.

C. Populations concernées

Le dernier élément des mutations des modes de contrôle social de nos sociétés est un glissement dans les populations concernées.

La médiation pénale, comme la procédure accélérée, vise expressément à résoudre des problèmes de petite délinquance urbaine. Les populations visées sont donc clairement identifiées. Dans la présentation en commission du Sénat de l'amendement par le biais duquel la procédure accélérée a été proposée au vote des assemblées, le Gouvernement fait référence aux problèmes que rencontre la justice «tant pour des affaires graves et complexes, notamment dans le secteur financier et dans la lutte contre le crime organisé, qu'en ce qui concerne la délinquance «urbaine», flagrante, répétitive, ...»³². Or, lorsque l'on se pose la question de savoir quelles sont les populations concernées par les nouveaux instruments d'action du ministère public, on ne peut que constater que la délinquance financière et le crime organisé sont peu visés, au «profit» de populations aisément identifiables et qui peuvent plus facilement faire l'objet de stratégies de contrôle.

Il y a donc un inquiétant glissement des préoccupations en direction d'un certain sous-prolétariat urbain. On peut, dans ce cadre, se demander dans quelle mesure les nouveaux modes de contrôle social seront à même d'éviter le travers du système pénal classique qui sélectionne certaines couches de la population, notamment les étrangers³³.

Cet état de fait est à mettre en relation avec la thèse de la faiblesse du contrôle social dont nous relevions qu'elle est à la base de certaines des nouvelles missions du ministère public. Ces populations, considérées comme vulnérables mais surtout dangereuses, devenues le bouc émissaire du malaise de notre société³⁴, seront la cible privilégiée du contrôle social nouveau dont il est dit qu'il compensera la «faiblesse»³⁵ des instruments déjà existants.

D. Conclusion: le ministère public comme Prozac de notre société

Quelle est l'économie générale du mouvement actuel? Celle d'un ministère public devenu l'institution à tout faire de l'État. Créé dans le cadre d'un État libéral et prévu pour la mise en œuvre de stratégies pénales de

(32) *Doc. parl., Sén., S.E., 1991-92, 209-2, 10.*

(33) DE CLERCK, S., *op. cit.*, 10.

(34) M. P. MARY faisait remarquer, en introduction aux travaux de l'atelier sur la «Satellisation de missions» du colloque de l'ASM du 14 décembre 1996 ayant pour thème le ministère public, combien saisissant est le parallèle entre ces thèses et celles de l'extrême droite, d'autant plus que leur émergence fait suite à la montée spectaculaire des scores électoraux de ces formations.

(35) Faiblesse dont la réalité est douteuse quand on sait que nous avons dépassé le chiffre de 8000 détenus en Belgique, record historique s'il en est.

contrôle social, il se voit aujourd'hui chargé de missions qui ne correspondent pas du tout à sa nature.

Par ailleurs, pressé de trouver un moyen d'apaiser le malaise social et incapable – l'est-il réellement? – d'initier un nouveau projet de société, l'État se recentre sur des objectifs facilement désignés. Il le fait au moyen de stratégies qui visent à prévenir la petite délinquance par le contrôle d'éléments déviants. La question qui ne se pose plus, est celle des causes profondes de la hausse de la criminalité. Bien entendu, résoudre ce type de problème est éminemment plus complexe qu'une augmentation ciblée du contrôle de certaines populations.

Que l'on comprenne bien que nous ne jetons pas la pierre au ministère public mais bien au projet politique qui sous-tend l'évolution actuelle.

Pris ainsi en otage, obligé d'aller de l'avant, le ministère public devient, bien malgré lui, le Prozac d'une société dépressive. Comme ce célèbre antidépresseur, il agit sur les symptômes du malaise: le passage à l'acte délictuel, et non sur les causes profondes du mal.

Cette «justice de confort», comme les médicaments du même type, sera peut-être efficace un temps, mais cela n'ira pas sans de sérieux dégâts humains. Sans compter les risques d'explosion.

Ce qui manque cruellement dans nos sociétés, et surtout dans notre système pénal, c'est la volonté de réaliser des réformes porteuses d'un sens nouveau et de l'espoir d'une société réellement meilleure. Il ne s'agirait alors plus de tenter d'augmenter le confort des personnes correctement socialisées en maîtrisant les actes des déviants, mais plutôt de s'interroger sur les causes profondes des variations du taux de déviance et des formes de criminalité. A l'heure de grands changements dans nos sociétés et des grandes inquiétudes face au possible démantèlement d'une infrastructure sociale complexe mais porteuse d'un projet de société, il importe de se poser à nouveau l'éternelle question du «pourquoi» plutôt que de s'acharner sur celle du «comment».

Par ailleurs, le droit doit connaître ses limites. Il n'est plus possible de continuer à demander sans cesse à un système judiciaire débordé de prendre en charge tous les problèmes de la société. D'autres procédés doivent être trouvés pour répondre aux multiples questions posées par notre avenir.

Christophe MINCKE,
Assistant de recherche à l'U.C.L.